INFORMATION BULLETIN
ON THE REGULATED CONDUCT DEFENCE

I Introduction

In order to foster compliance and ensure greater fairness, predictability and transparency, the Competition Bureau (the Bureau) publishes Guidelines on specific sections of the *Competition Act* (the Act), and Bulletins that explain the Bureau's interpretation of some of the issues that arise with enforcement. This Information Bulletin[1] (Bulletin) outlines and clarifies the Bureau's position with regard to the jurisprudence on Regulated Conduct Defence (RCD) issues arising under the Act.[2]

In a number of cases dating back to the early 1900s, most of them criminal, Canadian courts have addressed the issue of the applicability of the Act to activity which, on the one hand, contravenes the Act, and on the other, is authorized by a statutory regulatory regime. In these situations the courts, applying what is commonly referred to as the RCD, have concluded that conduct that is specifically authorized by a regulatory body exercising its authority under validly enacted legislation cannot be found in contravention of the Act. Simply stated, the RCD protects conduct which would otherwise be subject to the Act, if the conduct is specifically authorized by valid provincial or federal legislation.

Broadly speaking, the RCD is an interpretive tool developed by the courts to resolve apparent conflicts between two different laws. The Bureau's approach to the RCD is to determine where the Act and a statutory regulatory regime are in conflict. The RCD applies, and the Act becomes inoperative, only where there is clear operational conflict between the regulatory regime and the Act, such that obedience to the regime means contravention of the Act. When determining the application of the RCD, it is the specific conduct rather than the industry as a whole that is examined. In the Bureau's view, the application of the RCD will only come about in limited circumstances.

II Analytical Approach

When determining whether the RCD is applicable, the Bureau first examines whether there is conflict between the statutory regulatory regime and the Act. Conflict is defined as a situation, where obeying one statute means disobeying another. Only where such conflict exists can the RCD come into play

---

[1] This Bulletin is not intended to be a substitute for the advice of counsel and is intended solely to provide information. As such, it sets forth the general approach that is taken in Regulated Conduct Defence (RCD) matters, and is not a binding statement of how discretion will be exercised in a particular situation. The Bulletin does not represent a significant change in enforcement policy or restate the law, but it does replace and supercede any other policy papers produced by the Bureau on the RCD. Final interpretation of the law is the responsibility of the courts and the Competition Tribunal.

[2] The RCD has been described by a number of terms, such as regulated conduct defence, regulated conduct exemption, regulated industries exemption, regulated industries defence and regulated industries doctrine. For the purposes of conformity, the Bureau utilizes the phrase Regulated Conduct Defence.

and cause the specific statute (the regulatory regime) to prevail over the general legislation (the Act). If there is no conflict, both pieces of legislation can exist in harmony.

When there appears to be a conflict, the Bureau takes into consideration the nature of the entity under examination. Two classes of entities, regulators and regulatees, warrant a brief discussion.

Regulators (persons charged with implementing the regulatory regime) have generally been shown more deference by the courts than other types of entities because they are deemed to act in the public interest. Even so, an operational conflict between the regulatory regime and the Act must be demonstrated before the RCD will supplant the Act.

When examining the case of regulatees (persons subject to the regulatory regime), the Bureau considers it important to evaluate whether their conduct is voluntary. The RCD only applies to situations where a regulatee's conduct is mandated or required by the regulator, and that conduct is contrary to the Act.

III Specific Issues

The following are some of the Bureau's positions taken in specific cases with respect to key issues where the jurisprudence was not clear.

(a) Forbearance from Regulatory Oversight

The Bureau takes the position that the Act applies in situations where the regulator has unconditionally forborne, until such time as the regulator exercises its authority to review, rescind, or vary its forbearance orders or decisions. In those situations where the regulator has forborne conditionally, the Bureau is of the view that the Act would apply to the activities conditionally forborne from regulation.

A sub-issue of forbearance arises in situations where other legislation requires an authority to consider competition issues when enforcing a statute, e.g. the *Telecommunications Act*, or the *Investment Canada Act*. In these instances, the Bureau's position is that the Act applies, even though the other legislation has provisions dealing with competition.

(b) Civil Provisions of the Act (Reviewable Matters and Mergers)

It is the view of the Bureau that, in addition to criminal matters, the RCD also applies to both regulators and regulatees in civil matters, including mergers.

(c) Self-Governing Regulators (Professions/Other Organizations)

The Bureau is aware that self-regulators carrying out their statutory mandate in the public interest may sometimes be required to make decisions on matters in which they themselves have a direct pecuniary or other self-interest. It is the Bureau's view that self-governing regulators are distinct from regulators of public institutions, such as marketing boards. This is because public regulators generally do not make decisions on matters which have a direct impact on themselves. As a result, while the analysis regarding the RCD remains the same, the activities of self-regulators may be subject to greater scrutiny as to whether the agency in acting within its scope of authority due to the Bureau's concern that they may be regulating in their own interest.

(d) The Need for Enabling Legislation

In the Bureau's view, the RCD is only applicable in situations where Parliament or a provincial legislature has passed a statute setting up a regulatory regime. This means the RCD cannot be invoked unless the conduct complained of is grounded in a statute or regulations. In other words, the RCD cannot come about due to administrative fiat or convention.

(e) Crown Agents

Crown agents may have immunity through section 2.1 of the Act.[3] If immunity is conferred, the Act does not apply. Should there be no immunity, the standard analysis will be undertaken in order to determine whether the Act or the regime governs the conduct being scrutinized.

IV Summary

When considering the RCD, it is the Bureau's view that one must look at the purpose of the Act and the purpose of the regulatory regime. In most cases, both the Act and the statutory regulatory regime will be able to co-exist and will simply complement one another. Unless there is clear operational conflict, both the Act and the regime will continue to apply and the RCD will not be an issue. In short, the RCD will come into play only in the limited circumstances of operational conflict, that is where obeying the statutory regulatory regime requires disobeying the Act. In such unique circumstances, the RCD governs and the Act becomes inoperative. Such a determination will be made, of course, on a case by case basis.

---

[3] This section provides that corporate crown agents engaged in commercial activities are subject to the Act.

V Additional Information

For further information on the Bureau's approach to enforcement issues under the Act or for general information, please call the Bureau's Information Centre at (819) 997-4282, toll-free at 1-800-348-5358, or visit the Bureau's Web site at http://cb-bc.gc.ca.

December, 2002
Competition Bureau

BULLETIN D'INFORMATION
RELATIF À LA DÉFENSE FONDÉE SUR UNE CONDUITE RÉGLEMENTÉE

I Introduction

Dans le but de favoriser la conformité à la loi et le respect des objectifs de transparence, d'équité et de prévisibilité, le Bureau de la concurrence (le «Bureau») publie des lignes directrices sur des articles spécifiques de la *Loi sur la concurrence* (la «Loi») et des bulletins expliquant comment il interprète certains points en matière de mise en application de la loi. Le présent bulletin d'information[1] (le «bulletin») décrit et clarifie la position du Bureau en ce qui concerne la façon d'appliquer la jurisprudence relative à la défense fondée sur une conduite réglementée (DCR) aux questions relevant de la Loi[2].

Dans plusieurs décisions remontant au début des années 1900, la plupart de nature criminelle, les tribunaux canadiens se sont interrogés sur l'applicabilité de la Loi aux activités qui d'une part y contreviennent mais qui d'autre part sont permises par un régime réglementaire établi par le législateur. Dans ces situations, les tribunaux ont statué que le moyen de défense couramment appelé «défense fondée sur une conduite réglementée» fait qu'une conduite expressément autorisée par un organisme réglementaire exerçant ses pouvoirs en vertu d'une loi validement édictée ne contrevient pas à la Loi. En termes simples, la DCR protège une conduite qui serait autrement interdite par la Loi lorsque cette conduite est autorisée expressément par une loi provinciale ou fédérale valide.

De façon générale, la DCR est un outil d'interprétation mis au point par les tribunaux pour résoudre ce qui pourrait être perçu comme un conflit entre deux lois différentes. Par conséquent, en matière de DCR, le Bureau a pour principe de déterminer où réside l'incompatibilité entre la Loi et le régime réglementaire. C'est seulement lorsqu'il existe, entre le régime réglementaire et la Loi, un conflit fonctionnel clair faisant en sorte que la conformité avec le régime entraîne une contravention à la Loi que la DCR peut être invoquée et que la Loi devient inopérante. L'applicabilité de la doctrine dépend donc de la conduite examinée et non pas de l'industrie soumise au régime réglementaire. Du point de vue du Bureau, la DCR sera applicable dans des circonstances limitées seulement.

---

[1] Le présent bulletin ne remplace pas les conseils d'un avocat et ne vise qu'à informer le lecteur. Il décrit l'approche générale adoptée par le Bureau en matière de défense fondée sur une conduite réglementée (DCR) et ne constitue pas un énoncé ayant force obligatoire relativement à l'exercice du pouvoir discrétionnaire dans des cas particuliers. Il ne représente pas non plus une dérogation importante à une stratégie d'application de la loi ni ne reformule de règle de droit, mais il remplace les autres documents stratégiques produits par le Bureau sur la DCR. L'interprétation du droit, en définitive, appartient aux tribunaux judiciaires et au Tribunal de la concurrence.

[2] Le concept a été désigné de plusieurs manières au fil des années, notamment par diverses expressions comme défense fondée sur une conduite réglementée, exemption de la conduite réglementée ou des industries réglementées, moyen de défense des industries réglementées ou doctrine fondée sur les industries réglementées. Par souci d'uniformité en traitant du concept, le Bureau utilise les termes «défense fondée sur une conduite réglementée».

II Approche analytique

Afin de déterminer si la DCR s'applique, le Bureau doit d'abord établir si le régime statutaire réglementaire et la Loi sont en conflit. Il y a conflit lorsque le respect d'une loi implique la non-conformité à une autre. C'est uniquement lorsqu'il y a un tel conflit opérationnel que la DCR entrera en jeu et que la loi particulière (le régime réglementaire) aura préséance sur la loi à caractère général (la Loi). S'il n'y a pas de conflit, les deux textes de loi peuvent coexister en harmonie.

Cependant, s'il semble exister un conflit, le Bureau devra tenir compte de la nature de l'organisme qui fait l'objet d'un examen. Nous discuterons ici de deux types d'entités, soit les organismes de réglementation et les personnes réglementées.

En règle générale, les tribunaux ont fait preuve d'une plus grande retenue envers les organismes de réglementation (la personne chargée de mettre en oeuvre le régime réglementaire) en raison du fait que ceux-ci agissent présumément dans l'intérêt public. Il n'en reste pas moins que l'existence d'un conflit fonctionnel entre le régime réglementaire et la Loi doit être démontré avant de conclure qu'une conduite réglementée peut échapper à l'application de la Loi.

Lorsque le Bureau examine le cas des personnes réglementées (les personnes sujettes au régime réglementaire), il se pose une question importante : la conduite en cause est-elle délibérée? La DCR ne s'appliquera que lorsque cette conduite est imposée ou exigée par l'organisme de réglementation et qu'elle est contraire à la Loi.

III Questions particulières

Cette section décrit certaines positions que le Bureau a prises sur d'importantes questions concernant la DCR mais sur lesquelles la jurisprudence n'était pas claire.

(a) Abstention d'exercer un pouvoir de réglementation

Lorsque l'organisme de réglementation s'abstient sans condition d'exercer son pouvoir, le Bureau est d'avis que la Loi s'applique jusqu'à ce que l'organisme ait exercé son pouvoir d'examiner, d'annuler ou de modifier sa décision à cet égard. Dans le cas où l'organisme a imposé des conditions à son abstention, le Bureau considère que la loi s'applique aux activités qui font l'objet de l'abstention conditionnelle.

Par ailleurs, il arrive que d'autres dispositions législatives obligent les autorités chargées d'appliquer une loi à prendre en considération les enjeux liés à la concurrence, qu'on pense à la *Loi sur les télécommunications* ou à la *Loi sur Investissement Canada.* Le cas échéant, la position du Bureau

est que la Loi s'applique, indépendamment de l'existence de dispositions relatives à la concurrence dans une autre loi.

(b) Dispositions civiles de la Loi (affaires susceptibles d'examen et fusionnements)

Le Bureau estime qu'en plus des dossiers de nature criminelle, la DCR s'applique aux organismes de réglementation et aux personnes réglementées dans des dossiers civils, y compris les fusionnements.

(c) Organismes autoréglementés (professions et autres organisations)

Le Bureau est conscient que l'exécution du mandat d'intérêt public des organismes autoréglementés nécessite parfois la prise de décisions dans des domaines où les organismes eux-mêmes ont un intérêt direct, de nature pécuniaire ou autre. De l'avis du Bureau, les organismes autoréglementés se distinguent des organismes publics de réglementation, notamment les offices de commercialisation. En effet, les organismes publics de réglementation ne prennent généralement pas de décisions qui ont un impact direct sur eux. Par conséquent, même si l'examen de la DCR demeure le même, les activités des organismes autoréglementés peuvent être scrutées d'encore plus près à savoir s'ils agissent dans le cadre de leur autorité, compte tenu de la crainte du Bureau que ces organismes puissent exercer leur pouvoir de réglementation dans leur propre intérêt.

(d) Nécessité d'une loi habilitante

Du point de vue du Bureau, la DCR s'appliquera seulement dans les cas où le Parlement ou une assemblée législative a adopté une loi établissant un régime réglementaire. La DCR ne peut donc être invoquée à moins que la conduite reprochée ne soit fondée sur une loi ou sur un règlement pris en application de cette loi. Autrement dit, la DCR ne peut découler d'une décision administrative ou d'une convention.

(e) Mandataires de la Couronne

Les mandataires de la Couronne peuvent bénéficier d'une immunité en raison de l'article 2.1 de la Loi[3]. S'il y a immunité, la Loi ne s'applique pas. Dans la négative, le Bureau poursuivra son analyse afin de déterminer si la Loi ou le régime réglementaire régit la conduite en cause.

IV Résumé

Dans toute analyse relative à l'application de la DCR, le Bureau est d'avis qu'il faut tenir compte de l'objet de la Loi et du régime réglementaire. Dans la plupart des cas, les deux régimes pourront

---

[3] Selon cet article, les personnes morales mandataires de la Couronne sont assujetties à la loi à l'égard des activités commerciales qu'elles exercent.

coexister : ils seront tout bonnement complémentaires. À moins d'un conflit fonctionnel clair, la Loi continuera de s'appliquer, tout comme le régime réglementaire, et la DCR n'entrera pas en jeu. Bref, la DCR ne s'appliquera que dans des circonstances limitées, lorsqu'il y a un conflit fonctionnel, c'est-à-dire dans le cas où le respect du régime réglementaire entraîne une contravention de la Loi. C'est alors, et alors seulement, que la DCR pourra être invoquée et que la Loi ne s'appliquera pas. Une telle décision, bien évidemment, ne peut être prise que cas par cas.

V Renseignements additionnels

Pour de plus amples renseignements concernant la façon dont le Bureau aborde la mise en application de la Loi ou pour tout autre renseignement, veuillez communiquer avec notre Centre des renseignements au (819) 997-4282, au numéro sans frais 1-800-348-5358 ou visiter notre site Web : http://bc-cbgc.ca

Décembre 2002
Bureau de la concurrence